

**XVIII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA - SAN JUAN, PUERTO RICO
OCTUBRE 2021**

**Tema II - "EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD EN EL AMBITO NOTARIAL"**

Estimados colegas:

En mi carácter de Delegada Nacional por el TEMA II de la XVIII Jornada Notarial Iberoamericana a llevarse a cabo en la ciudad de San Juan, Puerto Rico, del 20 a 22 de octubre de este año, los invito a participar en la elaboración de una ponencia nacional en esta temática tan cara a nuestra función, a fin de potenciar nuestro rol como prestadores de apoyo institucional a las personas con discapacidad, garantizando así el ejercicio de sus derechos.

Sabido es que, desde la perspectiva social, humana y civil, la inclusión de las personas con discapacidad, es una misión mundial promovida por las Organizaciones de Derechos Humanos a la que se adhirieron los Estados Partes.

En tal sentido, los antecedentes en el área de los derechos civiles, han inducido al cambio de modelo de pensamiento y de acción, pasando de un análisis meramente individual al que se aborda desde el contexto social y cultural.

Se definen así, políticas universales respecto a las discapacidades, en un encuadre de igualdad de derechos y de dignidad humana, aprobándose la "Convención Internacional sobre los Derechos del Niño" a la que se sumaron entre otras, la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" que es el primer tratado en el siglo XXI sobre la temática que nos ocupa, definiendo los mayores estándares de protección y no discriminación, con el objetivo de adaptar las normas de derechos humanos, sosteniendo el principio que la capacidad jurídica como atributo universal por su condición humana, genera idénticos umbrales de igualdad a las personas con discapacidad con el resto de los seres sociales, en todos los aspectos de la vida.

Las guías de las buenas prácticas notariales deben facilitar la superación de los obstáculos socioculturales y las barreras que impiden la accesibilidad, considerando actos discriminatorios aquellos que no estén amparados por dichos principios.

Los sistemas de apoyo deben garantizar la protección diferenciada desde la perspectiva convencional/constitucional para lograr la promoción, el empoderamiento y respeto a la toma de decisiones, con los recursos y asistencia que las diferentes situaciones lo ameriten.-

El notariado no ha estado ajeno a este cambio de paradigmas, de lo que dan cuenta los trabajos de investigación, publicación en revistas notariales y participación en congresos, seminarios y jornadas, tal es así que las recomendaciones surgidas en las conclusiones del Tema II “El Notario y la Persona Física” en el 29° Congreso Internacional del Notariado realizado en Yakarta del 27 al 30 de noviembre de 2019, esto es, *“la contribución del notario en la protección de los derechos humanos y del patrimonio de las personas en situación de vulnerabilidad debido, en particular a su edad, a su discapacidad”* y *“el papel del notario en materia de asistencia, apoyo y salvaguardia de los intereses de las personas en situación de vulnerabilidad”*, como también la aprobación por Unanimidad de la *“GUIA NOTARIAL DE BUENAS PRÁCTICAS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EL NOTARIO COMO APOYO INSTITUCIONAL Y AUTORIDAD PUBLICA”*, en la Asamblea de notariados miembros de la UINL celebrada en Yakarta en la misma fecha, que tiene por objeto proporcionar directrices comunes a los notariados del mundo que conforman la Unión, nos exhorta a ahondar el estudio sobre esta temática tan importante en el ejercicio de nuestra función, analizando como profesionales del derecho y depositarios de la fe pública el régimen de la capacidad jurídica de las personas, tal como lo ha regulado el Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde el 1 de agosto de 2015, que ha tenido en cuenta lo consagrado por nuestra Constitución Nacional, la jurisprudencia y doctrina nacional, a la luz de la doctrina de los organismos internacionales, en especial la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada en Nueva York, Estados Unidos de América el 13 de diciembre de 2006 y que entró en vigor a nivel mundial el 3 de mayo de 2008, receptada por nuestro país por Ley 26.378 sancionada por el Congreso de la Nación Argentina el 21 de mayo de 2008 y promulgada el 6 de junio del mismo año, y el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, para la eliminación de las respuestas de sustitución (curador) y su reemplazo por figuras de asistencia, salvaguardias y apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

El pasado 15 de junio los coordinadores de todos los países, hemos tenido la primer reunión virtual con el coordinador internacional, Notario Mario César Romero Valdivieso, en la que se acordaron pautas a seguir en la elaboración de la ponencia. El desarrollo de la misma, ha sido dividido en cinco partes, debiendo tenerse en cuenta en alguna de ellas, que la población de

nuestro país de gran extensión territorial dividido en veintitres provincias y una Ciudad Autónoma, es heterogénea, lo que muchas veces no permite que las personas con discapacidad puedan participar de manera plena y en igualdad de condiciones en la sociedad, porque encuentran barreras que se los impide, siendo los notarios, los que deberíamos asegurar el respeto de sus derechos en la justa medida de su voluntad, haciéndoles comprender con un lenguaje claro y sencillo el alcance de los actos que van a otorgar.

En el aporte para el desarrollo de la Ponencia Nacional, sugiero respetar los lineamientos de los puntos establecidos por el Coordinador Internacional, sin perjuicio de que se introduzcan modificaciones teniendo en cuenta la legislación notarial, las costumbres, la jurisprudencia de cada demarcación y los puntos de vista de los ponentes.

El primer punto a desarrollar versará sobre: El régimen de la Capacidad Jurídica de la Persona Humana plasmado en los sistemas clásicos, basados en la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad. Transición a un sistema de toma de decisiones con apoyo y el reconocimiento de la capacidad jurídica universal propuesto por la "Convención de los derechos de las personas con discapacidad".-

Analizaremos la capacidad jurídica como cualidad humana que se adquiere y ejerce desde el nacimiento hasta la muerte de la persona, en el Código de Dalmacio Vélez Sarsfield vigente desde el 1 de enero de 1871, que se caracterizó por contener un sistema rígido en lo referente a la capacidad de las personas de existencia visible, transformándolas en un objeto digno de protección pero carente de su calidad de persona, para continuar con las reformas introducidas al Código Civil a través de distintas leyes que, incorporadas al mismo, han ido incluyendo paulatinamente medidas jurídicas de protección, que apartándose de ese rigorismo fueron reconociendo la importancia de la autonomía de la voluntad para el ejercicio de sus derechos.

El 1 de julio de 1968 entraba en vigor la ley 17.711, que tuvo por objeto reformar el Código Civil de Vélez y algunas normas complementarias incorporadas al mismo. Entre las reformas introducidas redujo a 21 años la edad de los menores para alcanzar la mayoría de edad. También permitió a los mayores de 18 años celebrar contrato de trabajo, sin el consentimiento ni autorización de sus representantes, y asimismo estableció que los menores que obtuvieran título habilitante para el ejercicio de una profesión, puedan administrar y disponer libremente los bienes que adquirieran con su producido, sin embargo siguió manteniendo la incapacidad del menor adulto para el ejercicio de sus derechos, al disponer que "solo tienen capacidad para los

actos que las leyes les autorizan otorgar". Asimismo incorporó a la emancipación por matrimonio ya existente, la emancipación dativa a partir de los 18 años, que implicaba la anticipación de la capacidad civil otorgada al menor que ha cumplido esa edad, por decisión exclusiva de sus padres o por resolución del juez, a pedido del tutor o del mismo menor, sin perjuicio de las limitaciones, que establecía el artículo 134, ya que ni con autorización judicial podían aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito, donar los bienes recibidos a título gratuito ni afianzar obligaciones. Tampoco les estaba permitido a los emancipados por matrimonio disponer de los bienes recibidos a título gratuito, salvo que mediare autorización judicial, o acuerdo de ambos cónyuges y uno de ellos fuere mayor de edad.

La variable graduación de las patologías humanas, puso en la necesidad de contemplar diferente medidas jurídicas de protección. De allí, que esta reforma incorporó con el artículo 152 bis el instituto de la inhabilitación para las personas que padecían embriaguez o uso de estupefacientes, a las disminuidas en sus facultades sin llegar al supuesto de declaración de demencia, y a los pródigos, cuando por esa situación expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. La inhabilitación estaba circunscripta a determinados actos, manteniendo la persona la capacidad genérica para todos aquellos que no sean objeto de una limitación legal expresa, esto es disponer de sus bienes por actos entre vivos, para la cual necesitaban la conformidad del "curador".

El artículo 475 del Código Veleziano establecía que los declarados incapaces eran considerados como los menores de edad en cuanto a las personas y a los bienes, incapacidad jurídica sostenida como regla en el código, tanto para los mayores con deficiencias intelectuales como para los menores.

El 20 de noviembre de 1989 fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la "Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", que ha marcado un verdadero hito en la historia de los derechos de la niñez, aprobada por nuestro país (con reservas) mediante la Ley Nacional 23849, sancionada el 27 de septiembre de 1990, a la que se le confirió jerarquía constitucional con la reforma de nuestra Carta Magna en 1994, conforme al inciso 22 del artículo 75, introduciendo el gran cambio de paradigma, ya que esta convención le dio voz a quien no la tenía, obligó a los adultos a escuchar a un sujeto que con anterioridad era intermediado por ellos y por lo tanto no solo incluyó un nuevo actor, sino que también limitó el poder del adulto sobre el niño, que ahora es protagonista en primera persona.

La Ley Nacional 26.061 de "Protección integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes fue sancionada el 28 de septiembre de 2005, la que puso fin a la Ley 10.903, conocida como "Ley de

Patronato del Estado”, vigente desde el año 1919, acelera una progresiva transformación en la concepción de la infancia, que implica el pasaje de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral para dejar de considerar a la infancia como objeto de tutela y reconocerla como sujeto de pleno derecho.

Los avances del nuevo modelo no sólo se reflejaron en las distintas visiones jurídicas respecto de la situación de niñas, niños y adolescentes frente al derecho, sino que también incluyeron el desarrollo de una institucionalidad distinta.

El 13 de diciembre de 2006 en su Resolución 61/106, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó en Nueva York, la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo” que fue abierta a la firma a partir del 30 de marzo de 2007, y entró en vigor el 3 de mayo de 2008 de conformidad con el artículo 45. Fue aprobada por nuestro país por Ley 26.378, sancionada el 21 de mayo de 2008 y promulgada el 6 de junio del mismo año, otorgándosele jerarquía constitucional por Ley 27.044, sancionada el 19 de noviembre de 2014 y promulgada el 11 de diciembre del mismo año, cuyo propósito de conformidad con su artículo 1º es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente...,” aseverando que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás”.

La sanción de la Ley 26.378 llevó al legislador a avanzar en el tema de las enfermedades mentales y trajo como consecuencia la sanción de la Ley de Salud Mental Nº 26.657 el 25 de noviembre de 2010 y promulgada el 2 de diciembre del mismo año, que regula la protección de los derechos de las personas con padecimiento mental, como así también la Ley 26.529 modificada por la Ley 26.742 sobre “derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado” sancionada el 9 de mayo de 2012 y reglamentada por el Decreto 1089 del 5 de julio de 2012.

El 23 de enero de 2011, por Decreto Presidencial Nº 191 se creó una comisión a favor de la elaboración de un proyecto de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación que debía ser elevado en un plazo de 365 días corridos desde el momento en que se conformó la comisión. El texto con una serie de reformas por parte del Poder Ejecutivo fue aprobado por el Congreso de la Nación el 1º de octubre de 2014 por Ley 26.994,

que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015, reemplazando el Código Civil redactado por Dalmacio Velez Sarsfield y el Código de Comercio redactado por Eduardo Acevedo, en 1871 y 1862 respectivamente.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) recepcionando las convenciones internacionales a las que nuestro país se ha adherido como Estado parte, incorpora a su texto el modelo social de discapacidad establecido en la CDPD, poniendo en un pie de igualdad a las personas con discapacidad, partiendo de la regla general de presunción de la capacidad y reservando para supuestos excepcionales la figura de la representación destinada a las personas que se encuentran en situación de absoluta falta de habilidad para expresar su voluntad, dirigir su persona o administrar sus bienes.

Contempla un sistema de apoyo para las que tengan restringida su capacidad, superadora del viejo sistema tradicional del modelo de sustitución de la voluntad, por uno de acompañamiento en la tomas de decisiones conforme las preferencias de las personas protegidas. Ello no excluye que para determinados actos se requiera representación y que en relación a ese acto en particular nos encontremos con el régimen sustitutivo de la voluntad.

Para el desarrollo de la ponencia, considero es necesario que además del análisis del articulado en general de la CDPD, se tenga especialmente en cuenta el artículo 12 de la misma, que establece la igualdad en el goce y ejercicio de todos los derechos de las personas con discapacidad ante la ley, su consagración normativa y aplicación en el derecho positivo argentino, en la jurisprudencia, doctrina nacional, y en las leyes notariales, los avances y carencias de cada una, y la presentación de propuestas frente a los desafíos actuales.

Es importante además desarrollar en la ponencia el articulado de la “Convención de los Derechos del Niño” y su relación con nuestro derecho positivo, ya que con la sanción del CCCN, se avanzó en la consagración del principio de la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos del niño, niña y adolescente consolidando su status jurídico como sujetos plenos de derechos.

El segundo punto propone: “Discernimiento. Calificación Notarial. Capacidad jurídica. Capacidad mental. Todo en el marco de la CDPD.”

Desde la vigencia de nuestro Código Civil y Comercial, la regulación de las relaciones privadas se ha estructurado protegiendo a la persona humana y fortaleciendo sus derechos. Es

indiscutible, que uno de los cambios mas relevantes se ha dado en el marco de la capacidad jurídica.

Cuando nos referimos a la capacidad jurídica, como atributo de la personalidad, aptitud que tiene la persona humana para ser titular de derechos, contraer obligaciones y ejercerlos, nuestro ordenamiento recepiendo las convenciones internacionales sobre derechos humanos, modificó sustancialmente lo que disponía en esta materia el Código de Velez, ya que protege a la persona humana, como sujeto de derecho, y más aún a quienes se les restringe su capacidad de obrar.

El artículo 23 establece que “toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”. Su redacción ha merecido algunas críticas doctrinarias ya que no todas las personas humanas pueden ejercer por sí mismas sus derechos y las limitaciones no solamente pueden estar plasmadas en el Código y sentencias, sino en otras leyes.

En el actual ordenamiento jurídico, no es nueva la terminología niño y adolescente, ya que fue utilizada entre otras leyes por la “Ley 26061 de Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes” en su artículo primero y en el artículo segundo de la Ley 26529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales de la salud.

Si bien la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, este principio general se ve morigerado por el reconocimiento de una serie de derechos, que según el ordenamiento pueden ser ejercidos “per se” por los adolescentes. La autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos del niño, traslada el eje rígido de la capacidad determinada a partir de la edad valorando además, en otros supuestos el “grado de madurez suficiente”, circunstancia que se debe tener en cuenta para establecer su legitimación para el otorgamiento de ciertos actos.

Coincido con la opinión de los notarios Luis Llorens y Alicia Rajmil, en que: “la autonomía progresiva de la persona menor de edad para el ejercicio de sus derechos, así como su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, parecen ubicarse entre los temas que más impactan, y quizás más dudas y temores generan en el ámbito notarial, persistiendo en nuestro medio una solapada reticencia a reconocer, sin reparos, la participación del menor de edad en los actos notariales que involucren sus intereses, los que deben incorporarse en la práctica diaria sin reticencias ni temores.”

Antes de la sanción de la Ley 26.378 que aprobó la “Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad” y la Ley 26.657 de Salud Mental, las personas con afecciones en su salud mental podían fácilmente caer en la incapacidad absoluta, sin que se atiende a sus condiciones particulares, perdiendo consecuentemente el ejercicio de todos sus actos civiles.

El nuevo ordenamiento jurídico, en consonancia con la legislación internacional, se inserta en un camino tendiente a mejorar las condiciones de vida de estas personas, buscando darles respuestas positivas a las diferentes problemáticas que se suscitan.

En el CCCN la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aún cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial (artículo 31). Por su parte el artículo 32 explicita que el juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de 13 años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar un daño a su persona o a sus bienes, lo que implica que la norma establece un "piso" étareo para la limitación de la capacidad que coincide con lo que determina el segundo párrafo del artículo 25, que son los menores adolescentes.

En nuestras audiencias previas con los requirentes, luego de la manifestación de voluntad de los sujetos, calificamos los presupuestos y elementos del acto, explicándoles los alcances y efectos jurídicos del mismo, lo que nos permitirá evaluar su capacidad de comprensión, que concluirá una vez autorizado el documento, teniendo la convicción de que todos lo han otorgado con **discernimiento**, (Artículo 260 CCCN), consecuencia del juicio que hemos efectuado.

No debe confundirse capacidad de ejercicio con discernimiento, ya que, a diferencia de aquella, este es la cualidad o facultad de la persona por la cual conoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente. Recordemos que el discernimiento es la madurez intelectual para razonar, comprender el acto y valorar sus consecuencias.

Tampoco debe confundirse, la capacidad jurídica con la capacidad mental, ya que esta última refiere a la aptitud de una persona para resolver un problema, tomar una decisión o hacer una elección, la que variará de una a otra según su grado de afección, condición socio económica, cultural o ambiental.

En orden a su capacidad de ejercicio, la situación de estas personas es la de "personas básicamente capaces" pero la sentencia que se dicte, conforme a las pautas de los artículos 36 y 37 del CCCN, puede restringir su capacidad para determinados actos que la misma sentencia deberá establecer.

En el desarrollo de este punto, tener en cuenta, nuestro derecho positivo, la jurisprudencia y doctrina en relación a las convenciones internacionales, especialmente la CDPD en su artículo 12 y las Observaciones del Comité de los derechos de las personas con discapacidad.

El tercer punto propone: **“Apoyo como institución jurídica. Funciones. Responsabilidad. Formas de implementación. Competencia notarial. La dinámica de la participación del apoyo y sus implicancias en la función notarial. El notario como apoyo institucional”**.

Las personas concurren al notario por dos razones fundamentales: “1º para que trate de conciliar los intereses generalmente controvertidos que hay en toda contratación, o bien para que encauce con su asesoramiento jurídico y espiritual las voluntades del, o de los comparecientes, hacia la norma legal o principio moral a la que deben ajustarse. Aconseja, concilia, asesora, está en función de utilidad a favor de la sociedad. 2º Para que autorice un instrumento público perfecto de plena validez para todo el mundo, eficaz, fiel interpretación de la voluntad de los requirentes. En esto emplea además de su conciencia, su ciencia, porque como perito en derecho debe transformar el hecho en derecho, volcando su vocación y su sentimiento de lo justo en el acto jurídico que va a estructurar. He aquí, la función social que ejerce.” (Carlos Emérito González. “Derecho Notarial”).

El Notario “es ante todo, un elemento de seguridad jurídica preventiva, que actuando como un profesional del Derecho, asesora, aconseja e informa a los particulares en el ámbito de sus relaciones jurídicas privadas, configura y da forma documental a los actos o contratos que regulan esas relaciones, convirtiéndolos en auténticos gracias a la fe pública que ostenta por delegación del Estado y dotándolos de una especial fuerza probatoria, en juicio y fuera de el, y un valor ejecutivo”.

Las disposiciones de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, en especial el artículo 12, trajo como consecuencia para los Estados parte, la necesidad de adecuar sus disposiciones, la asunción de obligaciones (no en su relación con los otros Estados sino con los sujetos bajo su jurisdicción) y la adopción de un modelo por el que la persona humana con alguna discapacidad debe ser ayudada en la toma de decisiones para el ejercicio de sus derechos. Receptando lo que establece el artículo 12, el artículo 43 del CCCN “entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general” y además establece las funciones del mismo: “promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de las personas para el ejercicio de sus derechos.”

“El interesado puede proponer al juez la designación de una o mas personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la

protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y de ser necesario ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”

A diferencia de lo establecido en el derogado Código Civil, donde primaba la representación de estas personas a través de un curador, (salvo el supuesto de los inhabilitados del artículo 152 bis, incorporado al mismo por la Ley 17711, en el que el “curador” no los representaba, pero debía prestar su conformidad con el acto de disposición), el nuevo ordenamiento se caracteriza por la incorporación del apoyo para la toma de decisiones, basado en un modelo de asistencia y no de sustitución de la voluntad, salvo las excepciones previstas y el sistema de apoyo resulte ineficaz, supuesto en el cual el juez podrá declarar la incapacidad, designando un curador (Art.32 in fine CCCN).

Existen diferentes formas de apoyo, uno relacionado con el lenguaje o aspectos tecnológicos que puedan facilitar la comunicación, otro con la toma de decisiones asistidas, en la que la persona con discapacidad recibe la asistencia de un tercero de su confianza por ella elegido y otro la toma de decisión facilitada, reservada para casos extremos en los que la voluntad y preferencias no pueden expresarse o conocerse de manera fehaciente.

El apoyo deberá garantizar la búsqueda de la voluntad de la persona, lo que hubiera querido, quiere o podría querer, valorando sin limitación todas las herramientas y referencias posibles.

Tal como establece el artículo 12.4 de la CDPD, las medidas de apoyo deben ser completadas con las debidas salvaguardias, que si bien el CCCN no las ha receptado expresamente, varios de sus artículos revisten tal carácter: garantías del procedimiento, derecho a ser oído y a contar con asistencia letrada, revisión de la sentencia al menos a los tres años, deber de rendir cuentas, etc., dichas salvaguardias previstas en forma innominadas no son taxativas y por ende, el juez podrá adoptar aquellas que considere pertinentes según el caso concreto, por aplicación directa de la CDPD (Julio César Rivera y Graciela Medina, CCCN Comentado Tomo I, pag. 178 a 181).

Esas salvaguardias, de conformidad con el citado artículo 12.4, asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

La principal razón de ser de los apoyos es la de ayudar a la persona con discapacidad a realizar aquellas cosas que no sabría hacer por sí sola, o que, sin apoyo realizaría en forma inadecuada o contraria a sus intereses, por tanto pueden revestir distintas modalidades: asesoramiento, interpretación, contención, co-decisión y para casos excepcionales representación.

En la terminología de lo que en la Convención se denomina “apoyo”, para el ejercicio de la capacidad, el Notario como apoyo institucional en el desempeño de su función y como autoridad en relación con la salvaguardia debe respetar los derechos, voluntad y preferencias y a su vez impedir abusos e influencias indebidas.

Como apoyo institucional y autoridad pública debe agotar las medidas tendientes a garantizar la comprensión de la información brindada y la correcta comunicación con la persona con discapacidad, ponerse a la altura de las circunstancias, aceptar el desafío que significó y significa el cambio de paradigma, para que el documento sea la fiel expresión de su voluntad.

Para el desarrollo de la ponencia, debemos hacer un análisis profundo, en cuanto a que no necesariamente debemos, en nuestra actuación, centrarnos en las personas con discapacidad y a

veces ni siquiera en la discapacidad misma, sino en nuestro comportamiento para con ellos. Entendemos las necesidades de quienes sufren impedimentos? Generamos actitudes tolerantes e inclusivas? Agotamos los medios para lograr una cabal comprensión? Qué programas y acciones comunes podemos encarar? Todas estas y aún más interrogantes debemos formularnos para hacer efectivo, en el ejercicio de nuestra función fedante y responsabilidad social, el cumplimiento de las convenciones internacionales, las normas nacionales y provinciales dictadas en su consecuencia, tendientes a asegurar y garantizar la igualdad de derechos de las personas con discapacidad en el marco de una sociedad más justa, inclusiva y equitativa.

El cuarto punto propone: “Necesidad de adecuar la legislación civil y las leyes notariales en los estados que ratificaron la CDPD. Propuestas. Avances de la jurisprudencia.”

Nuestro país aprobó por Ley 26.378 la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” y su protocolo facultativo otorgándole jerarquía constitucional por Ley 27.044, el Código Civil y Comercial de la Nación en consonancia con las mismas, repectó el carácter constitucional, humanista y social que las impregna, como ya se puso de manifiesto en el desarrollo de las pautas precedentes, por lo que me remito a las mismas.

Del recorrido por la jurisprudencia analizada, entiendo que los principios en materia de capacidad y restricción son recepcionados, logrando que el nuevo paradigma en materia de capacidad tenga acogida en nuestra jurisprudencia. Los fallos demuestran una adecuada interpretación por parte de los jueces, considerando importante el rol que cumple el Ministerio Público de Menores e Incapaces al recurrir en muchos casos la sentencia, cuando ella resulta más restrictiva que lo necesario. Es de destacar también que la jurisprudencia ha entendido, en lo que se refiere al régimen de incapacidad del cuarto párrafo del artículo 32 del CCCN, el carácter excepcional que significa la adopción de la medida.

Como lo he puesto de manifiesto en el Punto Primero precedente, nuestro país ha aprobado la CDPD y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, receptando los principios consagrados en la misma y su protocolo facultativo, toma a la persona humana como eje de toda su normativa.

La comisión reformadora al elevar el proyecto afirmó que “la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El anteproyecto en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto, innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.” Afirman también, que “esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.”

Dado nuestro sistema federal, sería importante que los notarios de las distintas demarcaciones, al efectuar su aporte para este punto de la ponencia, viertan su opinión acerca de la posibilidad de nombrar apoyos en las escrituras de directivas anticipadas previstas en el artículo 60 del CCCN para una eventual pérdida del propio discernimiento, ya que únicamente prevee la designación de curadores, como así también acerca de su experiencia en la autorización de escrituras en la que los padres designan curadores y apoyo de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en la forma y en los casos que pueden designarles tutores, y que implícitamente nos remite a la forma prevista en el artículo 106.

El artículo 43 in fine define como apoyo a cualquier medida judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite, la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Es mi opinión que nosotros realizamos esa función de apoyo con la labor de asesoramiento y control de legalidad, como también de autoridad que controla las salvaguardias que permite el ejercicio de los derechos de todas las personas con discapacidad, comprobando que tienen una percepción clara con arreglo a su aptitud y discernimiento de las consecuencias del acto que está realizando. Asimismo, debemos analizar las distintas posturas doctrinarias en cuanto a que si la declaración de incapacidad prevista en el artículo 32 infine del CCCN estaría violando las disposiciones del artículo 12 de la CDPD, lo que podría generar responsabilidad para nuestro país, o si estaría protegiendo a la persona y a sus derechos, en el extremo caso de no poder pensar en cualquier sistema de apoyo o asistencia, dado el grado de afección.

El quinto punto propone: “Implementación de la Guía de Buenas Prácticas Notariales aprobadas por la UINL en la Asamblea celebrada en la Ciudad de Yakarta, Indonesia, en noviembre de 2019. Recepción por los notariados del Área Iberoamericana, con independencia de que los países hayan ratificado la CDPD o reformado su derecho interno.”

La “Guía de Buenas Prácticas Notariales” elaborada por la Comisión de Derechos Humanos de la UINL, nos invita a explorar “el papel del notariado en la promoción y el respeto del derecho de las personas con discapacidad a ejercer su capacidad jurídica, pues si existe una autoridad ante la cual se ejercitan por antonomasia derechos de muy diversa índole por parte de cualquier ciudadano, es la autoridad notarial.”

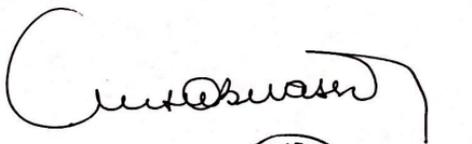
En una apretada síntesis de la misma, la comisión redactora presenta los principios generales de la Convención y analizan su artículo 12, su piedra angular, que establece el reconocimiento pleno e igualdad ante la ley de las personas con discapacidad. Luego examinan el impacto de la Convención en la actividad notarial. Después de haber explorado el papel del notario como proveedor de apoyo institucional para personas con discapacidad, los autores dan cuenta como en cada acto notarial se realiza por parte del notario un control de legalidad y un juicio de capacidad, discernimiento y comprensión de las partes que garantizan que el consentimiento informado está prestado conforme a derecho, y por último proponen a notarios de todo el mundo

medidas concretas para realizar ese apoyo institucional en el ejercicio de la capacidad de las personas con discapacidad y promover su participación plena y efectiva en la sociedad y el respeto de sus derechos.”

El gran desafío que se nos presenta en este punto, nos exhorta a un análisis profundo de su contenido, para una correcta aplicación, lo que nos permitirá continuar avanzando para lograr el fortalecimiento de la función del notario como apoyo institucional para el ejercicio de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad.

Finalmente invito al notariado del país a aunar esfuerzos y aportar sus conocimientos, propuestas y experiencias para la elaboración de la ponencia nacional, convencida que el trabajo en una común-uniión contribuirá a fortalecer el compromiso del notariado de trabajar sin escatimar esfuerzos para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas humanas con discapacidad.

Los saludo muy cordialmente y estoy a disposición de todos los quieran acompañar en la elaboración de la ponencia.




MARÍA DEL CARMEN BUASSO
ESCRIBANA PÚBLICA NACIONAL
6

Escribana María del Carmen BUASSO- San Martín 1123-PB Of 1- (3400) Corrientes Capital.
Cel. 54-9-3794-547940 – Oficina: 3794-426374 (rot). mcb@escribaniabuasso.com.ar